

保函的基础法律关系及风险防范

产品名称	保函的基础法律关系及风险防范
公司名称	北京中财顶盛企业管理有限责任公司（石家庄分公司）
价格	.00/件
规格参数	品牌:北京中财顶盛 类型:资金证明-垫资验资 产地:石家庄
公司地址	河北省石家庄市新华区中华北大街226号荣鼎天下A座1204
联系电话	0311-86982678 15633688828

产品详情

近期，各类保函业务量增加，在接受与办理申请方非制式保函的过程中，经办人员要在明确保函法律关系的基础上，认真审查各种基础资料，不要仅凭申请单位总体上具备授信资格，而放松警惕。

保函的概念与基础法律关系

（一）保函的概念

保函(Letter of Guarantee, L/G)又称保证书，是指银行、保险公司、担保公司或个人应申请人的请求，向第三方开立的一种书面信用担保凭证。保证在申请人未能按双方协议履行其责任或义务时，由担保人代其履行一定金额、一定期限范围内的某种支付责任或经济赔偿责任。

银行保函是指银行应委托人的申请而开立的有担保性质的书面承诺文件，一旦委托人未按其与受益人签订的合同的约定偿还债务或履行约定义务时，由银行履行担保责任。

《华夏银行人民币非融资类保函业务管理办法》对保函的定义是“ 本办法所称人民币非融资类保函（以下简称保函），是指我行应贸易项下或工程投标等非融资类交易中一方当事人的要求，向交易的另一方担保该交易项下某种责任或义务的履行所做出的在一定时期内承担一定金额支付责任或经济赔偿责任的书面付款保证承诺。”

（二）主要当事人

申请人（Applicant）

受益人（Beneficiary）

担保人（Guarantor）

（三）基础法律关系

委托人与银行之间的法律关系是基于双方签订的《保函委托书》（我们行称为开立保函协议）而产生的委托担保关系。《保函委托书》中应对担保债务的内容、数额、担保种类、保证金的交存、手续费的收取、银行开立保函的条件、时间、担保期间、双方违约责任、合同的变更、解除等内容予以详细约定，以明确委托人与银行的权利义务。《保函委托书》是银行向委托人收取手续费及履行保证责任后向其追偿的凭证。因此，银行经办人员在接到委托人的担保申请后，要对委托人的资信、债务及担保的内容和经营风险进行认真的评估审查，以最大限度降低自身风险。

委托人与受益人之间基于彼此签订的合同而产生的债权债务关系或其他权利义务关系（即基础合同）。此合同是它们之间权利和义务的依据，相对于保函协议书和保函而言是主合同，是其他两个合同产生和存在的前提。如果此合同的内容不全面，会给银行的担保义务带来风险。因而银行经办人员在接受担保申请时，应要求委托人提供他与受益人之间签订的合同。

担保银行和受益人之间的法律关系是基于保函而产生的保证关系。保函是一种单务合同，受益人可以此享有要求银行偿付债务的权利。在大多数情况下，保函一经开立，银行就要直接承担保证责任。银行保函是指银行应委托人的申请而开立的有担保性质的书面承诺文件，一旦委托人未按其与受益人签订的合同的约定偿还债务或履行约定义务时，由银行履行担保责任。

基于性质不同的保函分类

依保函的性质不同，可分为从属性保函和见索即付保函。

（一）见索即付保函

见索即付保函是指由银行出具的、书面形式表示在受益人交来符合保函条款的索赔书或保函中规定的其它条件时，承担无条件的付款责任。见索即付保函是二战后为适应当代国际贸易发展的需要，由银行和商业实践的发展而逐步确立起来的，并成为国际担保的主流和趋势，国际担保业务中银行使用的绝大多数为见索即付保函，见索即付保函一经开立，银行将成为第1付款人，承担很大的风险。我国《担保法》没有确认“见索即付”这种性质的保函，但见索即付保函的出具为银行根据国际惯例的一种通行做法。

见索即付保函可使受益人的权益更有保障和更易于实现，可以避免保函委托人提出各种原因如不可抗力、合同履行不能等来对抗索赔请求，可确保其权益不至因合同纠纷而受到损害。见索即付保函与我国国内经常使用的保证合同有重要区别，它有备用信用证的某些特征：

见索即付保函具有独立性。虽然担保人是依照基础合同的一方当事人申请，向基础合同的另一方当事人作出见索即付的承诺，但一旦见索即付保函生效，担保人与受益人之间的权利义务关系就完全以保函中所记载的内容为准，而不再受基础合同的影响。只要受益人按照保函的要求提交了索赔文件，担保人必须付款。担保人不得主张先诉抗辩权，也不能以基础合同的债务人的抗辩理由来对抗受益人。即使基础合同的债务人已经履行了合同义务或者基础合同已经因其它原因中止，担保人的责任也不能随之解除。只有在保函本身的有效期过后，担保人才解除担保责任。相反，通常使用的保证合同具有从属性，主合同无效，作为从合同的保证合同亦无效。

见索即付保函具有无条件性。受益人只要提交了与保函中的约定相符合的索赔文件，担保人即应付款。担保人并不审查基础合同的履行情况，担保人的付款义务的成立也不以委托人在基础合同履行中违约为前提。而通常使用的保证合同保证人，其承担保证责任是以基础合同中主债务人违约为前提，保证人可以行使主债务人的抗辩权，即使主债务人本人放弃抗辩权，保证人亦可以行使抗辩权而不受影响。为降低风险，银行在开立见索即付保函时应注意以下问题：

保函应将赔付条件具体化，应有具体担保金额、受益人、委托人、保函有效期限等。

银行应要求委托人提供相应的反担保或提供一定数量的保证金，银行在保证金的额度内出具保函。银行向境外受益人出具保函，属对外担保，还须注意诸如报经外汇管理局批准等对外担保的法律规定。

银行开立保函，经办人员还应该对基础合同的真实性进行认真审核，以防诈骗。

（二）从属性保函

从属性保函是担保人在保函中对受益人的索赔及对该索赔的受理设置了若干条件的限制，保留有一定的抗辩权利，只有在一定的条件得到满足之后，担保银行才予以受理、付款。目前，国内的银行做国内业务时大多采用的是从属性保函。

典型的有条件的索赔条款一般分为以下几种：

在保函中约定，受益人提出索赔请求时，由委托人提供证据证明自己已履行基础合同义务，或受益人没有履行基础合同义务。在这种情况下，由委托人承担举证责任，如果委托人不能证明，则承担举证不能的不利后果，推定受益人的索赔成立，银行承担担保责任。

在保函中约定，受益人提出索赔请求时，同时提出证据证明自己已经履行了基础合同义务，或能够证明委托人没有履行基础合同义务。在这种情况下，受益人负有举证责任。如果受益人不能提供证据证明，则银行不予受理，由受益人承担不利责任。受益人提供的证明材料可以是发运货物的提单副本、第三家检验机构的商检证明或检验报告、合同双方之间的往来函电、项目监理工程师出具的证明或签字认可的其他书面文件等。

在保函中约定，受益人提出的索赔请求，必须经委托人同意或确认，银行才能受理。在这种情况下，银行作为金融中介的作用大为减少，保函的银行信誉转化为普通的商业信誉，对受益人的保护不利，因此

在实际应用中不被受益人所接受。

在保函中约定，受益人的索赔请求，必须经过法院或者仲裁机构生效的裁判文书确定，担保银行仅凭仲裁机构的裁决或法院的判决来实施付款或免于付款责任。担保银行于签发保函时往往无法知道申请人在保函所涉及的法律诉讼案件中究竟应承担多大的实际赔偿责任，甚至还不能肯定委托人是否必须作出这样的支付，因此，保函项下是否发生赔付，以及实际上应赔付多大的金额等，都要根据法院的有关判决来确定，而绝不能仅仅依据受益人的单方索赔予以支付。

以上这四种类型的索赔条款，是目前我国金融机构在办理从属性保函业务时经常采用，或希望采用的表述，它有利于防范受益人的无理索赔。所以，对避免使银行卷入商业纠纷，维护担保银行本身的对外形象和声誉也大有益处。

保函风险防范对策

银行保函的特点：保函内容根据具体交易的不同而多种多样；在形式上并无一定的格式；对有关方面的权利和义务的规定、处理手续等未成一定的惯例，遇有不同的解释时，只能就其文件本身内容所述来作具体解释。

同时，实际操作中，由于作为保函受益人的业主在日益激烈的市场中处于绝对优势地位，处于劣势地位的申请人为争取到业务，往往要求银行采用业主固定的格式；银行面临激烈的同业竞争，为吸引客户，只能根据客户要求采用业主格式。一般情况下受益人提供的保函文本，条件比较苛刻，并且不允许更改，直接加大了银行的风险和责任。如见索即付条款、不封口保证期限条款、无须通知银行合同修改条款

等保函条款已经成为目前银行出具的非格式保函的常见条款，其间的法律风险不容忽视。

一般银行的经验对策是：对一些违法、违规性条款应坚决否决，不予接受；对一些非原则性问题，则应坚持能修改的积极修改，如确属不能修改的而又属业务必需，应力求控制好操作风险，确保在银行承担保证责任后，能及时得到追索，化解风险。

违法、违规性条款诸如：保函合同中没有明确的保证责任的zui高限额；保证范围涉及道德风险的条款（如保函约定：投标企业通过不正当手段中标或投标人违反招标文件中投标人须知规定有腐败和欺诈行为的，银行将承担保证责任。或投标人的投标文件有虚假内容，且性质恶劣或投标人在投标过程中有弄虚作假、欺诈行为的等银行将承担保证责任。）；保函中约定保证期间起始日早于银行出具的保函日期的；保函中要求银行作为主债务人的（银行在保函中承担的担保责任是第二性的补充赔偿责任，而不是自主性的履约责任，担保责任与主债务责任，是二种不同性质的法律责任）；保函单独转让条款等。

非原则性风险条款：见索即付条款、不明确的保证期间条款、关于基础合同修改和变更条款、关于合同金额递减条款等。

综上所述，许多受益人提供的保函文本加重了银行义务，限制了银行的权利。对银行来说，zui有保障的自然是要要求受益人修改其保函格式，使之更能保护银行的利益。但在受益人不同意的情况下，银行则应在风险与收益中作出权衡与取舍，采取切实有效的风险防范措施既不能一味坚持自己的意见，也不能为了发展业务，过分满足受益人的不合理要求，损害自身的利益。